

BOŞANMA DÂVASINDA GAYRI MÜMEYYİZ OLAN DÂVACININ KANUNİ TEMSİLİ

Doç. Dr. Aytekin M. ATAAY

Münhasıran şahsa bağlı haklar nazariyesi üzerinde deneme ()*

A) DOKTRİN VE ŞAHSİ GÖRÜŞÜMÜZ

1. Doktrin.

1. Mevzuatımızda kanuni mümessilin temsil ettiği gayri mümeyyiz adına boşanma dâvası açabileceğini gösteren açık bir hüküm mevcut değildir¹. Gerçi ilk bakışta vasinin Medeni Kanununun 405. maddesinin 8. bendindeki hükme dayanarak sulh mahkemesinden izin almak suretile temsil ettiği kimse adına boşanma dâvası açabileceği düşünülebilir. Ancak vasinin bu hükme dayanabilmesi için evveleminde, temsil ettiği şahıs adına boşanma dâvası açabilme yetkisini haiz bulunması gerekir. Kanun koyucu Medeni Kanununun 405. maddesinin 8. bendinde, kanuni mümessile dâva açabilme yetkisi tanıma gayesi gütraüş olmayıp "vasi tarafından hemen yapılması lâzım gelen muvakkat tedbirler müstesna olmak üzere husumet, sulh, tahkim ve konkondato akdi" hususunda sulh mahkemesinin izninin lüzumlu bulunduğunu belirtmekle yetinmiştir. Temsil ettiği gayri mümeyyiz adına boşanma dâvası açabilme yetkisini haiz bulunduğu sabit olmadıkça vasinin, sulh mahkemesinin izni ile bu dâvayı ikame edebileceği iddia olunamaz. Diğer taraftan Medeni

(*) Münhasıran şahsa bağlı haklar konusunda, **Yaş Tashihi - Münhasıran Şahsa Bağlı Haklar** (Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi 1957, sa. 1) adlı içtihat tahlilimizle (s. 29-35), **Medeni Hukuk Pratik Çalışmaları I, Umumî Esaslar, Şahsın Hukuku ve Aile Hukuku** (İstanbul 1959) adlı şapirografik ders notlarımıza (s. 57-62) bakınız.

1) Halbuki Alman Hukuk Usulü Kanunu (ZPO), mad. 612/II, cümle 1'de bunu açık olarak kabul etmiştir. Fransız Medeni Kanununun 307. maddesi bu imkânı ancak ayrılık hususunda kabul etmiş olup, doktrinde kanuni mümessilin temsil ettiği gayri mümeyyiz adına boşanma dâvası açabilmesi kabul edilmemektedir (bak : M. Planiol - G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français II, La Famille* 2. bası - par A. Rouast, Paris 1952 -, s. 429, 430).

Kanunun 391. maddesinde “vesayet dairelerinin müdahale haklarına mütedair hükümler bâki kalmak şartile vasi, bütün tasarruflarında küçüğü temsil eder” denilmiş olmakla beraber, bu hükmü aynen ve lâfzına uygun olarak mutlak bir surette tatbik etmek imkânı da mevcut değildir. Nitekim Medenî Kanununun 392. maddesinde vasinin hiç bir surette yapamayacağı muameleler zikredilmiştir. Müellifler, münhasıran şahsa bağlı haklarda kanunî temsili caiz saymamak ve hattâ bunlardan bazıları, hak sahibinin gayri mümeyyiz olması halinde dahi buna imkân görmemek suretile Medenî Kanununun 391. maddesindeki kaidenin tatbik sahasını daha da daralmaktadırlar. Bunlara göre, gayri mümeyyiz olan bir kimse adına kanunî mümessilin boşanma dâvası açabilmesi mümkün değildir; zira bu hak münhasıran şahsa bağlı bir mahiyet arz etmektedir². Ancak şunu derhâl belirtmek icab eder ki, diğer bazı müellifler, boşanma dâvası açabilme hakkının münhasıran şahsa bağlı bir mahiyet taşıdığını inkâr etmemekle beraber -muayyen bazı hallerde veya umumiyetle-, kanunî mümessilin temsil ettiği gayri mümeyyiz adına bunu kullanabileceğini kabul etmektedirler³.

2. Egger'e göre, “evlenmenin akdi gibi evliliğin devam edip etmeyeceği hakkında bir karar vermek de şahsa merbut bir hak olmak ve bu itibarla temsili kabul etmemek lâzımdır... Evlenme üzerinde tasarruf salâhiyetini münhasıran eş haiz olmalıdır. Bu hususda bir karar vermek dâima şahsı en ziyade alâkadar eden bir vicdan meselesidir”⁴. Buna karşılık diğer bazı müelliflere göre ise, gayri mümeyyiz menfaatleri nazara alınarak, onun adına kanunî mümessilinin -hiç olmazsa muayyen bazı hallerde- boşanma dâvası açabileceğini kabul etmek gerekir. Nitekim Gmür boşanma dâvasında kanunî temsili esas itibarile red etmekle beraber, bazı durumlarda (eşin zinası veya müsrifane bir hayat sürmesi halinde), kanunî mümessilin temsil ettiği gayri mümeyyiz adına boşanma dâvası açabileceğini kabul eder görünmektedir⁵. Keza Postacıoğlu, haysiyete tecavüz hallerinde dâva hakkının gayri mümeyyiz kanunî mümessiline ait bulunduğunu nazara alarak, boşanma talebinin bu karakteri taşıdığı hallerde kanunî mümessil tarafından ileri sürülebileceği

2) Bak : aşağıda 2.

3) Bak : aşağıda 2. Ayrıca bak : Dr. A. Wuarin, Divorce (Fiches Juridiques Suisses no. 508), s. 3.

4) Dr. A. Egger (t. terc. Dr. T. Çağa), İsviçre Medenî Kanunu Şerhi, II Aile Hukuku, 1. kısım (İstanbul 1943), s. 189, 190.

5) Dr. M. Gmür, Kommentar zum ZGB., II Familienrecht 1. kısım, 2. bası (Bern 1923), s. 203. Ayrıca bak. ve krş.: a.g.e., s. 153.

fikrindedir⁶. *Rossel - Mentha* ise, gayri mümeyyizin menfaatlerini korumakla mükellef bulunan kanunî mümessilin boşanma dâvası açabileceğini belirttikten sonra, şifası kâbil olmıyan bir bunağın başkasile metres hayatı yaşayan kansının, koca tarafından neseplerinin red edilmesi gereken çocuklar meydana getirmesine rağmen, vasinin boşanma dâvası açamamasından doğacak tehlikeye işaret etmektedirler⁷. *Belgesay*, “meselâ, bir delinin karısı, diğer birile münasebetinden çocuk doğurmuş ve karılık vazifesini büsbütün ihmal etmiş olup evlilik bağı eş için bir fayda temin etmediği halde, ağır maddî veya manevî zararlara sebep oluyorsa, vasinin dâvasını kabul doğru olur” demektedir⁸. *Galliker* de kanunî mümessilin temsil ettiği gayri mümeyyiz adına boşanma dâvası açabilmesinin kabul edilmesile ehliyetsiz şahısların haklarının daha iyi korunduğuna kâni bulunmaktadır⁹. Boşanma dâvasında kaide olarak kanunî temsili red eden *Kaufmann*, bazı hallerde bunun caiz görülebileceğine işaret etmektedir¹⁰. *Velidedeoğlu* ise bu konuda aynen şöyle demektedir: “Mümeyyiz olmayan kimse namına kanunî temsilcisinin boşanma dâvası açabileceği bugün içtihat ve doktrinde kabul edilmektedir”¹¹.

Münhasıran şahsa bağlı haklarda gayri mümeyyizlerin kanunî mümessilleri tarafından temsili meselesini, medenî haklardan istifade, hak sahipliği ve hakların kullanılması mefhumlarını biribirinden ayırmak suretile izaha çalışan *Jaccard*, bu konuda orijinal bir fikir ileri sürmektedir. Bu müellif, herkesin medenî haklardan istifadesinin tabii bulunmasına mukabil bazı haklara sahip olabilmek için muayyen şartların mevcut bulunması gerektiğine işaret etmektedir. Meselâ, evlenebilme veya ölüme bağlı bir tasarruf yapabilme hakkını haiz bulunabilmek için bazı şartların, bu arada temyiz kudretinin mevcut olması gerekir. Bu şartlar mevcut olmadıkça bir kimsenin evlenme veya ölüme bağlı bir tasarruf yapa-

6) **Dr. İ. Postacioğlu**, Medenî Usul Hukuku Dersleri (İstanbul 1959) s. 141-142.

7) **V. Rossel - F. H. Mentha**, Manuel du droit civil suisse I, 2. bası (Lausanne-Genève 1922), s. 251.

8) **M. R. Belgesay**, Türk Kanunu Medenîsi Şerhi, II Aile Hukuku, 1. cilt, 3. bası (İstanbul 1950), s. 83.

9) **Dr. F. Galliker**, Die Ausübung der höchstpersönlichen Rechte durch den urteilsfähigen und der urteilsunfähigen Bevormundeten (Basel 1950, dissertation), s. 118-119 ve 130 - **Dr. M. Jaccard**, La Représentation des incapables privés de discernement dans l'exercice de leurs droits strictement personnels (Lausanne 1955, thèse), s. 64'den naklen.

10) **Dr. J. Kaufmann**, Kommentar zum ZGB., II Familienrecht 3. kısım, 2. bası (Bern 1924), s. 329.

11) **Dr. H. V. Velidedeoğlu**, Türk Medenî Hukuku II, Aile Hukuku cüz 1, 4. bası (İstanbul 1960), s. 192. Bu müellifin fikrini krş: aşağıda B I.

bilme hakkını haiz bulunduğu söylenemez. Hak mevcut olmayınca da, bittabi bunun kanunî mümessil vasıtasile kullanılması da bahse konu olamaz. Fakat buna mukabil, münhasıran şahsa bağlı bir mahiyet arzetsede de gayri mümeyyizinin sahip bulunduğu herhangi bir hakkı kanunî mümessili kullanabilir. Hak sahibinin gayri mümeyyiz olması halinde, münhasıran şahsa bağlı haklardaki temsil düşmanlığı mevcudiyet sebebini kaybeder; zaten gayri mümeyyizinin sahip bulunduğu hakların kanunî temsil yoluyla kullanılabileceğini kabul etmek, onun menfaatlerinin korunması gayerine matuf bulunan medenî hakları kullanma ehliyetsizliği ile güdülen gayenin sağlanması için en iyi çaredir. Aksini kabul bir taraftan, pek umumî ve pek geniş salâhiyetler bahşeden kanunî temsil müessesesinin mahiyetine uygun düşmemekte; diğer taraftan da gayri mümeyyiz şahısların fiilen himayelerinin mümkün kılınması hususunun gerektirdiği hakkın kullanılması zaruretini karşılamamaktadır. Binaenaleyh gayri mümeyyizlik hakkın varlığına menfi bir surette tesir icra etmedikçe (yani temyiz kudreti hakkın varlığının bir şartı olmadıkça), söz konusu hakkın kanunî mümessil tarafından kullanılabileceğini kabul etmek gerekir. Bunun neticesi olarak da mutlak bir boşanma sebebi mevcut bulunduğu takdirde gayri mümeyyizinin vasisi onun adına boşanma dâvası açabilir. Zira bu vaziyette, temyiz kudretinin yokluğu boşanma hakkının mevcudiyeti üzerinde menfi bir rol oynamaz. Fakat buna karşılık gayri mümeyyizinin vasisi nisbî bir boşanma sebebine dayanarak temsil ettiği şahıs adına dâva açamaz. Çünkü bu vaziyette, tahakkuku zarurî bulunan "çekilmezlik" unsurunun gerçekleşmesi -daha doğrusu müşterek hayatın çekilmez bir hale geldiğini dâvacının hissetmesi- mümkün değildir. Bunun neticesi olarak da gayri mümeyyiz boşanma hakkını haiz olamayacağından onun adına vasisinin böyle bir dâva açması mümkün bulunmamaktadır. Binaenaleyh dâvacı durumunda bulunan, tarafın mümeyyiz olmaması, vasisinin nisbî bir boşanma sebebini ileri sürerek onun adına açacağı boşanma dâvasının -aslında hakkın mevcut bulunmaması sebeble- reddi neticesini doğuracaktır^{11a}.

Kanunî mümessilin, temsil ettiği gayri mümeyyiz adına boşanma dâvası açabilip açamayacağı hususunda *Saymen - Elbir*, bazı müelliflerin gayri mümeyyizinin kanunî mümessiline muayyen bazı hallerde boşanma dâvası ikame edebilme salâhiyetini tanıdıklarına işaret ettikten sonra, "kaldı ki, gayri mümeyyize ne şahsen, ne de kanunî mümessili marifetile boşanma dâvası açmak salâhiyeti tanınmaması halinde, onun için bu hakkın varlığının da bir mânası kalmaz ve bu durum MK. mad.

11a) Jaccard, a.g.e., s. 30 ve müt.

8 de medenî haklardan istifade ehliyeti hususunda vaz'edilen umumîlik ve müsavat prensipleri karşısında bir tenakuz teşkil edebilir"¹² demek suretile bizim bir içtihat notunda¹³ Bern İstinaf Mahkemesinin bir kararından¹⁴ mülhem olarak müdafaa ettiğimiz fikri esas itibarile benimsemiş görünmektedirler. Biz, söz konusu içtihat notunda, münhasıran şahsa bağlı haklarda gayri mümeyyizin kanunî mümessili tarafından temsilinin mutlak olarak kabul edilmemesinin âdalet hislerini tatmin etmediğini belirttikten sonra, "kaldı ki, temyiz kudretini haiz bulunmayan şahıslara -ne bizzat ve ne de kanunî mümessil vasıtasile- boşanma dâvası açabilmek hakkının tanınmaması halinde onlar için bu hakkın varlığının bir mânası kalmaz ve bunun neticesi olarak da bunlar -medenî hak- mefhumuna dahil bulunan boşanma hakkından istifade edemezler ki, bu durum Medenî Kanununun 8. maddesinin medenî haklardan istifade ehliyeti hususunda koyduğu umumîlik ve müsavaat esaslarına da açık bir şekilde aykırı düşer"¹⁵ demiştik. *Saymen - Elbir*'in bizden ayrıldıkları husus, bizim, gayri mümeyyiz adına onun kanunî mümessilinin boşanma dâvası açamamasının Medenî Kanununun 8. maddesinin medenî haklardan istifade ehliyeti hususunda koyduğu umumîlik ve müsavat esaslarına açık bir şekilde aykırı düşeceğini kabul etmemize karşılık, onların, bu durumun medenî haklardan istifade ehliyeti hususundaki umumîlik ve müsavaat esaslarına bir *tenakuz teşkil edebileceğini* kabul etmiş olmalarıdır.

3. Görülüyorki, münhasıran şahsa bağlı bir hak teşkil etmesi sebebiyle, boşanma dâvasının gayri mümeyyizin kanunî mümessili tarafından açılabilip, açılmıyacağı mevzuunda farklı fikirler ileri sürülmüş bulunmaktadır. Ashında, kanunî mümessilin temsil ettiği gayri mümeyyiz adına boşanma dâvası açabilip açılmıyacağı meselesi, münhasıran şahsa bağlı herhangi bir hakkın -hak sahibinin gayri mümeyyiz olması halinde- kanunî temsil yoluyla kullanılabilip kullanılmıyacağı meselesi hususunda kabul edilecek hal tarzına bağlı bulunmaktadır.

Münhasıran şahsa bağlı hakların şahsa sıkı surette bağlı olduklarını göz önünde bulunduran bazı müellifler¹⁶ bunlarda temsili caiz sayma-

12) Dr. F. H. Saymen-Dr. H. K. Elbir, Türk Medenî Hukuku, III Aile Hukuku (İstanbul 1957), s. 259.

13) Bak : Dr. A. Ataay, Yaş Tashihi-Münhasıran Şahsa Bağlı Haklar (Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi 1957, sa. 1), s. 32.

14) Bu karar için bak : aşağıda B I 1.

15) Bak : Ataay yukarıda not 13'de a.g.e., s. 32.

16) Ezcümle bak : Dr. R. Cosman, La Capacité civile en droit suisse (Genève 1941, thèse), s. 74; F. Uslu, Vesayet (İzmir 1941), s. 427, 428.

maktadırlar. Buna karşılık *Lador*, münhasıran şahsa bağlı hakkın özünün temsil düşmanlığına dayandığını kabul etmemekte, bunlarda kanunî temsilin caiz sayılıp sayılmadığına ve bunun derecesine göre bu hakları muhtelif gruplarda toplamaktadır¹⁷. *Galliker* de, münhasıran şahsa bağlı hakları ikiye ayırmakta, bunlardan “mutlak münhasıran şahsa bağlı haklar” (absolut höchstpersönliche Rechte) adını verdiği gruba giren hakların vasi tarafından asla kullanılamamalarına karşılık, “nisbî münhasıran şahsa bağlı haklar” (relativ höchstpersönliche Rechte) adını verdiği gruba giren hakların ise sadece hak sahibinin mümeyyiz olması halinde vasi tarafından kullanılamayacaklarını belirtmektedir¹⁸. *Saymen* ise, münhasıran şahsa bağlı haklarda kanunî temsili kabul etmemekle beraber, “bu teknik neticeyi bazı hallerde ve istisnaen âdalet ve nısfet düşüncesiyle” biraz yumuşatmak gerektiğine işaret etmekte ve “şahsa bağlı hakların (yani münhasıran şahsa bağlı hakların) gayri mümeyyiz olan hak sahibi ve kanunî mümessili tarafından kullanılmaması, gayri mümeyyize bir zarar ika edecekse, kanunî mümessilin şahsa bağlı bu hakkı kullanmasına müsaade etmek lâzımdır” demektedir¹⁹. Yukarıda fikrini etraflı olarak naklettiğimiz *Jaccard* ise, gayri mümeyyiz haiz bulunduğu hakların ve bu arada münhasıran şahsa bağlı haklarının tamamının kanunî mümessil tarafından kullanılabileceğini ileri sürmektedir²⁰. Bir ameliyata muvafakatin münhasıran şahsa bağlı mahiyetini belirten *Schwarz* muvafakatının alınması gerekli olan şahsın gayri mümeyyiz olması halinde kanunî mümessilinin muvafakatının aranılacağına işaret etmek suretile, aslında münhasıran şahsa bağlı bir hak teşkil eden bu muvafakat hususunda kanunî temsili caiz görmektedir²¹.

II. Görüşümüz.

1. Boşanmayı talep münhasıran şahsa bağlı bir hak teşkil ettiğine göre, kanunî mümessilin temsil ettiği gayri mümeyyiz adına boşanma dâvası açabilip açamayacağı meselesi -daha önce de belirttiğimiz üzere²²

17) **Dr. J. Lador**, Des Droits strictement personnels (Lausanne 1933, thèse), s. 33 ve müt.

18) **Galliker**, a.g.e., s. 60, — **Jaccard**, a.g.e., s. 19'dan naklen —.

19) **Dr. F. H. Saymen**, İçtihat tahl. (İstanbul Barosu Dergisi 1952), s. 90. Ayrıca bak : a.g. müellif, Manevî Zarar ve Tazmini Sureti (İstanbul 1940, tez), s. 215, 216.

20) Bak : yukarıda 2.

21) **Dr. A. B. Schwarz** (t. terc. **Dr. B. Davran**), Borçlar Hukuku Dersleri, I (İstanbul 1948), s. 199.

22) Bak: Yukarıda I 3.

her şeyden evvel, münhasıran şahsa bağlı haklarda kanunî temsilin caiz bulunup bulunmadığı hususuna bağlıdır.

Kanaatimizce, münhasıran şahsa bağlı haklarda kanunî temsilin mutlak olarak caiz sayılmaması, hak sahibinin gayri mümeyyiz olması halinde tasvip olunamayacak bazı neticelere götürür. Bu haklarda mutlak olarak kanunî temsilin caiz bulunmadığını gösteren bir hüküm kanunda mevcut değildir. Fakat buna karşılık *Jaccard*'ın, gayri mümeyyizin münhasıran şahsa bağlı haklarının tamamının kanunî mümessil tarafından kullanılabilceği tarzındaki fikri²³ de kabul edilemez. Münhasıran şahsa bağlı hakların, hak sahibinin şahsiyetini yakından ilgilendiren ve çok defa onun hislerine tâbi bulunması gereken haklar oldukları hususunun inkârı neticesini doğuran bu fikir bir ifrat olarak tavsif olunabilir. Gerçekten, haiz bulunduğu bazı münhasıran şahsa bağlı hakların kanunî mümessili tarafından kullanılmasında gayri mümeyyizin hiç bir menfaati bulunmayabileceği gibi, bilâkis gayri mümeyyizliği sebebiyle bilinemeyen hissiyatına aykırı bir durum ihdas edilebilmesi tehlikesi karşısında bunların kanunî mümessili tarafından kullanılmamasında menfaati vardır. Gayri mümeyyizin haiz bulunmasına rağmen kanunî mümessilinin kullanamayacağı bazı hakların mevcudiyetlerini kabul etmek gerekir. Nitekim Medenî Kanununun 129. ve 130. maddelerindeki boşanma sebeplerinden birinin mevcudiyeti halinde diğer eşe tanınan af hakkını kanunî mümessilin kullanmasına imkân yoktur. Halbuki hak sahibinin gayri mümeyyizliğinin bu hakkın varlığı üzerinde ortadan kaldıracı bir tesiri bulunduğunu gösteren en ufak bir emare mevcut değildir. Yani gayri mümeyyiz Medenî Kanununun 129. ve 130. maddelerindeki af hakkını haiz bulunduğu halde kanunî mümessili bunu kullanamayacaktır. Bu itibarla *Saymen*'in kabul ettiği gibi²⁴, münhasıran şahsa bağlı bir hakkın kullanılmamasının buna sahip bulunan gayri mümeyyize zarar vermesi söz konusu olan hallerde, âdalet ve nısfet düşüncesiyle kanunî temsile cevaz verilmesi veya kanunî temsil imkânı bakımından bu hakların *Lador* ve *Galliker*'in yaptıkları gibi gruplara ayrılması²⁵ yerinde olur. Ancak derhal işaret edelim ki, bu son iki müellif, kanunî temsilin hangi hallerde caiz sayıldığı hususunu tayine yarayan bir kriter koymamışlar ve sadece tesbit ettikleri gruplara giren hakları ampirik esaslara dayanarak zikretmekle yetinmişlerdir.

2. Biz, münhasıran şahsa bağlı haklarda kanunî temsilin caiz bulunup bulunmadığı mevzuundaki görüşümüzün ana hatlarını daha ön-

23) Bak: Yukarıda I 2.

24) Bak: Yukarıda I 3.

25) Bak: Yukarıda I 3.

ce neşrettiğimiz bir içtihat notunda açıklamıştık²⁶. *Kanaatimizce*, “münhasıran şahsa bağlı hakların mahiyetlerinden çıkan ve esas itibarile kanunî temsil sahasına münhasır bulunan temsil düşmanlığı mutlak değildir. Bu bakımdan Medenî Kanununun 16. maddesinin II. fıkrasında mümeyyiz küçük ve mahcurların münhasıran şahsa bağlı haklarını kullanmakta kanunî mümessillerinin rızasına muhtaç bulunmadıkları hususunun belirtilmekle yetinilmiş ve bu haklarda mutlak olarak kanunî temsilin caiz bulunmadığını gösteren bir ibarenin kullanılmamış olması dikkate şayandır. Münhasıran şahsa bağlı haklarda kanunî temsil mutlak olarak kabul edilmediği takdirde büyük âdaletsizliklerin ortaya çıkması muhakkaktır”. Hak sahibinin mümeyyiz olması halinde, münhasıran şahsa bağlı hakkını bizzat kullanabilmesine hiç bir engel bulunmadığından kanunî temsile cevaz verilmemesinin bir mahzur arzotmemesine ve hattâ bu durum, onun arzu ve iradesine riayeti teminat altına alınması itibarile faydalı bulunmasına rağmen, hak sahibinin gayrı mümeyyiz olması halinde durum aksinedir. Mümeyyiz olmıyan bir kimsenin haiz bulunduğu bir hakkı ne bizzat, ne de kanunî mümessili vasıtasile kullanmasının mümkün bulunmaması halinde söz konusu hakkın varlığının bir mânası kalmaz, yani ehliyetsiz olan şahıs netice itibarile o haktan istifade edemez ki, bu durum Medenî Kanununun 8. maddesinin medenî haklardan istifade ehliyeti hususunda koyduğu umumilik ve müsavaat esaslarına *aykırı* düşer. Ancak şu noktayı bilhassa belirtmek icab eder ki, hakkın gayrı mümeyyiz kanunî mümessili tarafından kullanılmamasından doğan herhangi bir aykırılık kanunî temsile cevaz verilmesine yol açmağa elverişli sayılamaz; kanunî temsilin caiz sayılabilmesi için söz konusu aykırılığın açık bir şekilde olması gerekir. Münhasıran şahsa bağlı bir hakkın kanunî mümessil tarafından kullanılmaması gayrı mümeyyiz menfaatine uygun olmadığı takdirde *açık bir aykırılık* mevcuttur. Diğer bir ifade ile, münhasıran şahsa bağlı bir hakkın kanunî mümessil tarafından kullanılması hususunda gayrı mümeyyiz menfaatinin bulunması aykırılığı açık bir hale koyar. Medenî Kanununun 16. maddesinin II. fıkrasında mümeyyiz küçüklerin ve mümeyyiz mahcurların münhasıran şahsa bağlı haklarını bizzat kullanabilecekleri belirtilmekle, bu nev’î hakların mahiyetleri dolayısıyla, kullanılmalarda hak sahibinin arzu ve iradesinin, hattâ hissiyatının hâkim kılınması istenilmiş ve bu durum hak sahibinin menfaatlerine tamamen uygun görülmüştür. Bu itibarla münhasıran şahsa bağlı hakların kanunî temsil sahası dışında bırakılmaları netice itibarile hak sahibinin menfaatlerinin korunması düşünce-

26) Bak: Ataay yukarıda not 13 de a.g.e., s. 32, 33.

sine dayanır. Binaenaleyh münhasıran şahsa bağlı hakların kanunî mümessil tarafından kullanılmasında gayri mümeyyizin başkaca bir menfaati bulunmadığı takdirde kanunî temsile cevaz verilmemesi yerinde olur. Bu durum gayri mümeyyizlerin menfaatlerine tamamen uygun bulunmakta ve bunun neticesi olarak da hakkın kanunî temsil yoluyla kullanılamamasından doğan aykırılık âdalet hislerini rencide etmemektedir. Çünkü gayri mümeyyizin münhasıran şahsa bağlı hakkının kanunî temsil yoluyla kullanılamamasından doğan menfaati, söz konusu aykırılığı örtmektedir. Medeni Kanununun 129. ve 130. maddelerinin III. fıkralarındaki af hakkı buna örnek teşkil etmektedir. Fakat buna karşılık münhasıran şahsa bağlı hakkının kanunî mümessili tarafından kullanılmasında gayri mümeyyizin menfaati bulunduğu takdirde kanunî temsile cevaz vermek gerekir. Zira bu menfaat, hakkın kanunî mümessil tarafından kullanılamamasından doğan aykırılığı açık bir hale koymaktadır. Daha doğrusu bu vaziyette gayri mümeyyizin menfaati, medeni haklardan istifade ehliyeti hususundaki aykırılığı -diğer durumlarda olduğu üzere- mazur göstermemekte, bilâkis bunu âdalet hislerine aykırı bir hale koymaktadır. Meselâ, şahsiyetin korunmasına yarayan men, içtihap, tesbit ve manevî tazminat dâvaları hususunda durum bu merkezdedir.

Hülâsa, bir kimsenin haiz bulunduğu münhasıran şahsa bağlı bir hakkın kanunî mümessili tarafından kullanılabilmesi ancak, söz konusu hakkın kanunî temsil yoluyla kullanılmasının kabul edilmemesi dolayısıyla varlığının hak sahibi bakımından bir mâna ifade etmemesi ve bu durumun da, Medeni Kanununun medeni haklardan istifade ehliyeti hususunda koyduğu umumîlik ve müsavaat esaslarına açık bir aykırılık teşkil etmesi halinde kabul edilebilmektedir. Bunun dışında münhasıran şahsa bağlı hakkın mahiyeti (yani bunun hak sahibinin şahsiyetini yakından ilgilendirici ve hissi karakteri) kanunî temsile imkân bırakmamaktadır.

3. Tesbit ettiğimiz esasları boşanma dâvasına tatbik ettiğimiz takdirde, bu dâvanın kanunî mümessil tarafından açılmamasının, medeni haklardan istifade ehliyeti hususunda Medeni Kanunun koyduğu umumîlik ve müsavaat esaslarına açık bir aykırılık teşkil ettiği ve bu sebepten dolayı da kanunî temsile cevaz verilmesi gerektiği neticesi çıkmaktadır. Bir kimsenin haiz bulunduğu ve fakat gayri mümeyyizliği dolayısıyla kullanamadığı boşanma dâvası ikamesi hakkının kanunî mümessil tarafından da kullanılmıyacağı kabul edildiği takdirde, gayri mümeyyiz bakımından bu hakkın varlığının bir mânası kalmaz. Bunun neticesi olarak da gayri mümeyyiz boşanma hakkından istifade edemez ki, bu durum Medeni Kanununun medeni haklardan istifade ehliyeti hususunda koyduğu umumîlik ve müsavaat esaslarına aykırıdır. Bir kimse-

nin itibarını, hayatını veya şöhretini tehlikeye koyan; yani kendisi bakımından devamı arzulanamıyacak derecede sarsılmış olan bir evliliğinin sona erdirilmesinde menfaati bulunduğu şüphe yoktur. Bu menfaat söz konusu aykırılığı açık bir hale koyduğundan kanunî temsile cevaz verilmesi icab etmektedir. Ancak, bütün bu söylediklerimiz gayri mümeyyiz şahsın boşanma hakkını haiz bulunduğu nisbette doğrudur. Aksi halde kanunî temsil yoluyla kullanılacak bir hak mevcut bulunmadığından kanunî mümessilin açacağı dâva red olunmağa mahkûmdur. Bu itibarla gayri mümeyyizin kanunî mümessili tarafından açılacak olan boşanma dâvasının Medenî Kanununun 133. ve 134. maddelerine dayanılması halinde hâkim, boşanma hakkının aslında mevcut bulunmaması sebebiyle dâvayı reddedecektir. Zira, bu maddelerdeki boşanma sebebinin gerçekleşmiş sayılabilmesi için aranan hususlardan biri de “çekilmezlik” unsurudur; temyiz kudretini haiz bulunmayan bir şahsın içinde bulunduğu psikolojik durum müşterek hayatın çekilmez bir hale geldiğini hissetmesine müsait bulunmamaktadır. Fakat buna karşılık, eşin haysiyetsiz bir hayat sürmesi halinde Medenî Kanununun 131. maddesine dayanılarak açılacak olan boşanma dâvasının kabul olunabilmesi için de, “çekilmezlik” unsurunun mevcut bulunması gerekmekte ise de; kanunî mümessilin temsil ettiği gayri mümeyyiz adına bu dâvayı açabileceğini kabul etmek lâzımdır. *Kanaatimizce*, gayri mümeyyizliğin Medenî Kanununun 131. maddesindeki “çekilmezlik” unsurunun gerçekleşmesi üzerinde menfi bir tesiri mevcut değildir. Zira Medenî Kanununun 133. ve 134. maddelerindeki “çekilmezlik” unsurunun münhasıran dâvacı eşin psikolojik durumu bakımından mütalâa edilmesi icap etmesine karşılık, Medenî Kanununun 131. maddesindeki “çekilmezlik” unsurunun bilhassa dış şartlar bakımından incelenmesi gerekmektedir. Gerçekten herhangi bir davranışı haysiyetsizlik mefhumu içine sokabilmek için, söz konusu davranışın devamlı bir surette muhitin tepkisini ve nefretini uyandırmış olması gerekir. Dürüst bir kimsenin devamlı surette cemiyetin tepkisine maruz bulunan ve nefretini uyandıran bir şahısla kurmuş olduğu hayat ortaklığını -ehliyet durumu ne olursa olsun- her zaman sona erdirebilme hakkını haiz bulunması hakaniyet icabındandır. Bu vaziyette “çekilmezlik” unsurunun dış şartlar bakımından gerçekleştiğinde şüphe yoktur. Binaenaleyh devamlı bir surette cemiyetin tepkisine maruz bulunan ve nefretini uyandıran bir şahısla evli bulunan gayri mümeyyiz esas itibarile, haysiyetsizlik sebebiyle boşanma hakkını haizdir.

4. Verdiğimiz izahattan anlaşılacağı üzere gayri mümeyyizin kanunî mümessilinin temsil ettiği şahıs adına -geçimsizlik ve akıl hastalığı hariç- herhangi bir sebeple boşanma dâvası açabileceğini kabul etmek

gerekmektedir. Bu itibarla *Egger*'in boşanmada temsili kabul etmemesini²⁷ yerinde bulmuyoruz. Bu müellif fikrini bir taraftan evliliğin münhasıran şahsa bağlı bir hak teşkil etmesine, diğer taraftan boşanma hususunda karar vermenin şahsı en ziyade alâkadar eden bir vicdan meselesi olmasına dayandırmaktadır. Münhasıran şahsa bağlı haklarda temsil düşmanlığının mutlak olmadığına ve icabında bunlarda da kanunî temsile cevaz bulunduğuna daha önce işaret etmiştik²⁸. Bundan başka boşanma hususunda karar vermenin şahsı en ziyade alâkadar eden bir vicdan meselesi olması da gayri mümeyyiz bakımından kanunî temsilin reddedilmesine sebep teşkil edemez. Şahsı yakından ilgilendiren ve vicdanın emirlerine göre kullanılması gereken haklarda (yani münhasıran şahsa bağlı haklarda) kanunî temsilin kabul edilmemesinin sebebi, hak sahibinin hislerinin, arzu ve iradesinin hâkim kılınması ve netice itibarile onun menfaatlerinin korunması düşüncesine dayanır. Hakkın kanunî mümessil vasıtasile kullanılmaması hak sahibinin menfaatine olacak yerde tamamen aleyhine bir durum yarattığı -diğer bir ifade ile hakkın kanunî mümessil vasıtasile kullanılmasında hak sahibinin menfaati bulunduğu- takdirde, temsil düşmanlığının mevcudiyet sebebi ortadan kalkacak ve kanunî mümessil vasıtasile kullanmağa cevaz bulunacaktır. Boşanma hakkına sahip bulunan şahsın gayri mümeyyiz olması halinde durum bu merkezdedir. Çünkü bir kimsenin açık menfaati hayatını, şeref ve itibarını tehdit eden bir evlilik hususunda bizzat ileri süremediği boşanma talebini kanunî mümessilinin de kullanamamasında değil, fakat bilâkis kanunî mümessilinin onun adına boşanma talebinde bulunabilmesindedir.

Gayri mümeyyizin menfaatlerinin korunması gayesile hareket eden bazı müelliflerin, kanunî mümessilin temsil ettiği gayri mümeyyiz adına boşanma dâvası açabileceğini kabul ettiklerine işaret etmiştik. Bunlardan *Rossel - Mentha ve Galliker*'in hiç bir tahdit kabul etmez görünmelerine²⁹ rağmen, kanunî mümessilin temsil ettiği gayri mümeyyiz adına geçimsizlik veya akıl hastalığı sebebiyle boşanma dâvası açamayacağını belirtmiştik³⁰. Buna karşılık *Gmür*'ün, kanunî mümessilin temsil ettiği gayri mümeyyiz adına ancak -zikrettiği- mahdut bazı durumlarda³¹ boşanma dâvası açabileceği tarzındaki fikri de isabetli değildir. Zira gayri mümeyyizin menfaati mesnet olarak alınınca, onun menfaatlerinin ge-

27) Bak: Yukarıda I 2.

28) Bak: Yukarıda 2.

29) Bak: Yukarıda I 2.

30) Bak: Yukarıda 3

31) Bak: Yukarıda I 2.

rektirdiği diğer bütün durumlarda (cana kast, pek fena muamele ve hattâ terk vaziyetlerinde de) kanunî mümessilin dâva açabileceğini kabul etmek gerekir. Diğer taraftan *Belgesay*'ın, gayri mümeyyiz adına vasisinin ancak, diğer eşin başkasile münasebetinden çocuk doğurmuş ve kanlık vazifesini büsbütün ihmal etmiş olması, evlilik bağının gayri mümeyyiz eş için bir fayda temin etmemesine rağmen ağır maddî ve manevî zararlara yol açması halinde (yani pek istisnaî bir durumda ve sadece erkek eş bakımından) boşanma dâvası açabileceği tarzındaki misali³² de, kanunî mümessilin hangi hallerde, temsil ettiği gayri mümeyyiz adına boşanma dâvası açabileceği sorusunun halline medar olamamakta ve bu konuda verilmiş pek dar sınırlı bir misalin şumulünü aşmamaktadır. *Kaufmann* da, boşanma dâvasında kanunî temsilin caiz olduğunu kabul etmiş bulunmakla beraber, bu halleri tesbit etmemiş veya bunların tesbitine yarayan bir kriter koymamıştır³³; bu itibarla da ileri sürdüğü fikir teknik olmaktan ziyade hissî kalmaktadır.

Haysiyete tecavüz hallerinde dâva hakkının gayri mümeyyiz kanunî mümessiline ait bulunduğunu nazara alarak boşanma talebinin bu karakteri taşıdığı hallerde de kanunî mümessil tarafından ileri sürülebileceği tarzında hukuk tekniğine dayanan ince bir fikir müdafaa eden *Postacioğlu*, kanunî mümessilin temsil ettiği gayri mümeyyiz adına açabileceği boşanma dâvalarının hududunu nisbeten geniş tutmuş³⁴ olmakla beraber, gayri mümeyyiz kanunî mümessili sadece haysiyete tecavüz hallerinde değil, fakat hayata, vücut tamlığına ve saireye (yani şahsiyete) tecavüz hallerinde de onun adına dâva açabilmek hakkını haizdir. Bu itibarla müellifin “şahsiyete tecavüz” kriterine değil de, “haysiyete tecavüz” kriterine dayanmış olması pek tatminkâr görünmemektedir. Kaldı ki, müellifin, “haysiyete tecavüz” den kasdettiği mânanın “şahsiyete tecavüz” olduğu kabul edilse bile, boşanma dâvasında gayri mümeyyiz olan dâvacının kanunî mümessili tarafından temsili meselesi esaslı bir şekilde izah edilmiş olmayacaktır. Zira bu takdirde, gayri mümeyyiz şahsiyetine tecavüz halinde neden kanunî temsile cevaz bulunduğu sorusu karşısında kalınması mukadderdir. Bir meçhulün diğer bir meçhulle izahı bize, kat'î ve nihaî bir izah olarak görünmemektedir. Diğer taraftan *Jaccard*'ın fikri³⁵ de isabetli değildir. Bu fikrin dayandığı (gayri mümeyyiz haiz bulunduğu münhasıran şahsa bağlı haklarının tamamının kanunî mümessili tarafından kullanılabileceği tarzındaki) ana

32) Bak: Yukarıda I 2.

33) Bak: Yukarıda I 2.

34) Bak: Yukarıda I 2.

35) Bak: Yukarıda I 2.

temelin sakatlığı bir kenara bırakılsa bile, müellifin, gayri mümeyyizin eşinin haysiyetsiz bir hayat sürmesine rağmen boşanma hakkını haiz bulunmadığını ve bunun neticesi olarak da kanunî mümessilinin onun adına boşanmayı talep edemeyeceğini iddia etmesi doğru değildir. Daha önce verdiğimiz izahattan³⁶ anlaşılacağı üzere, eşinin haysiyetsiz bir hayat sürmesi halinde gayri mümeyyiz boşanma hakkını haizdir. Bu vaziyette temyiz kudretinin yokluğunun boşanma hakkı üzerinde menfi bir tesiri mevcut değildir. Boşanma dâvasında gayri mümeyyiz olan dâvacının kanunî temsili mevzuunda müdafaa ettiğimiz fikre oldukça yakın bir görüşe taraftar bulunan *Saymen - Elbir*'in, kanunî mümessilin temsil ettiği gayri mümeyyiz adına boşanma dâvası açamamasının Medenî Kanununun 8. maddesinin medeni haklardan istifade ehliyeti hususunda koyduğu umumîlik ve müsavaat esaslanna açık bir aykırılık değil, fakat sadece bir tenakuz teşkil edebileceğini söylemiş olmaları bizim kanaatimize uygun bulunmamaktadır. Bu müelliflerin, kanunî mümessilin Medenî Kanununun 133 - 134. maddelerine dayanarak temsil ettiği gayri mümeyyiz adına boşanma dâvası açamayacağını düşünerek, onun, temsil ettiği gayri mümeyyiz adına boşanmayı talep edememesinin medenî haklardan istifade ehliyeti hususundaki umumîlik ve müsavaat esaslanna sadece bir tenakuz teşkil edebileceğini söylemiş oldukları ileri sürülemez. Kanunî mümessilin Medenî Kanununun 133 - 134. maddelerine dayanarak temsil ettiği gayri mümeyyiz adına boşanma dâvası açamaması gayri mümeyyizin aslında boşanma hakkını haiz bulunmaması sebebine dayanır. Müellifler fikirlerini, "gayri mümeyyize ne şahsen, ne de kanunî mümessili marifetile boşanma dâvası açabilmek salâhiyeti tanınmaması halinde, onun için bu *hakkın varlığının*" bir mânası kalmaz tarzında bir gerekçeye dayandırmış olduklarından, verdikleri izahatın ve bundan çıkardıkları neticenin gayri mümeyyizin boşanma hakkını haiz bulunduğu vaziyetlere taallûk ettiği kendiliğinden anlaşılmaktadır. Bir kimsenin haiz bulunduğu ve fakat gayri mümeyyizliği sebebiyle bizzat kullanamadığı boşanma dâvası ikamesi hakkının kanunî mümessili tarafından da kullanılamaması -daha önce izah ettiğimiz üzere- Medenî Kanununun 8. maddesinin medeni haklardan istifade ehliyeti hususunda koyduğu umumîlik ve müsavaat esaslanna mutlak olarak ve açık bir şekilde aykırı düşer³⁷.

36) Bak: Yukarıda 3.

37) Bak: Yukarıda 3.

B) TATBİKAT VE ŞAHSİ GÖRÜŞÜMÜZ

I. Tatbikat.

1. *İsviçre Federal Mahkemesi*, gayri mümeyyiz kanunî mümessilinin onun adına boşanma dâvası açamayacağı kanaatindedir. Yüksek Mahkemeye göre:

“...Boşanma veya ayrılık, bizzat evlilik gibi eşlerden her biri tarafından istenilmiş olmalıdır. Bu hususda şahsî karar istihali mümkün bulunmadığı takdirde, evlilik birliğinin durumunu bizzat takdire ve bununla ilgili kararı almağa muktedir bulunmasa da eş adına boşanma veya ayrılık istenemez. Bu vaziyette eşin kendisine ait bulunan bir hakdan mahrum olacağı itirazı vârid değildir. Evlilik bütün hayat için akdolunan bir birliktir. Her bir eşin evlilik birliğinin idamesi hususundaki hakkı her şeyden önce mevcuttur. Evlilik birliğinde sebat edecek yerde istisnaen boşanmayı veya ayrılığı ancak eş talep edebilir. Fakat böyle bir kararı, icabında yalnız o alabilir. Temyiz kudretinin mevcut bulunmaması böyle bir karar alınabilmesi imkânını bertaraf eder ve temyiz kudretini haiz bulunmuş olması halinde eşin alacağı kararın kat’iyetle tayin edilebileceği hiç bir zaman kabul edilemez. Zaten böyle bir tahmine dayanan karar, şahsî kararın yerini dolduramaz. Ekseriya muhtelif sebebler dolayısıyla, bir eş boşanma dâvası açmaktan vaz geçebilir. Bu hususda kanun kendisine tam bir serbestî tanımaktadır... Egger’in haklı olarak işaret ettiği gibi (mad. 143 no. 5) evlilik birliğini idame ettirme veya boşanma dâvası açma eşin vicdanına taallük eder. Bu mevzuda temsil imkânı mevcut değildir”³⁸.

Zürich Kanton Mahkemesinin bir kararında Federal Mahkemenin yukarıda naklettiğimiz görüşü hususunda şöyle denilmektedir:

“Bu içtihat bir taraftan, evlilik birliğinin devamı veya sona ermesi mevzuunda imkân nisbetinde tarafların iradesine yer verme, diğer taraftan da bu kararı üçüncü şahısların iradelerine tâbi kılmama neticesini doğurur”³⁹.

Cenevre Kantonu Hukuk Mahkemesine göre de kanunî mümessilin temsil ettiği gayri mümeyyiz adına boşanma dâvası açabilmesi mümkün değildir. Bu mahkemeye göre:

38) Journal des Tribunaux 1942 I, s. 604. Federal Mahkeme daha sonraki bir kararında da (bak: Journal des Tribunaux 1953 I, s. 7) aynı görüşü teyit etmiştir.

39) Blaetter für zürcherische Rechtsprechung 1949, sa. 129, s. 236
—Jaccard, a.g.e., s. 62 den naklen—

“Mümeyyiz olmıyan kimse eşi aleyhine boşanma dâvası açamaz, zira o medenî hakları kullanma ehliyetinden mahrumdur (IMK mad. 17 — TMK. mad. 14) ve tasarrufları hiç bir hüküm doğurmaz (IMK. mad. 18 — TMK. mad. 15). Diğer taraftan vasi de vesayeti altında bulundurduğu şahıs adına boşanma dâvası açamaz... Söz konusu hakkın mahiyeti dolayısıyla vasi, vesayeti altında bulundurduğu şahsın menfaatlerini korumak mecburiyeti hariç, bir nisbet dahilinde onun durumunda bulunmak tadır...”⁴⁰.

Kanunî mümessilin temsil ettiği gayri mümeyyiz adına boşanmayı talep edememesinin arzettiği mahzurlu durumu kısmen olsun bertaraf etmek gayesile *Zürich Kantonu Yargıtayı*, hakkın mevcudiyeti ile ilgili bulunan temyiz kudretinin yokluğunu tesbit hususunda müşkülpesent davranılması -diğer bir ifade ile temyiz kudretinin mevcudiyetini tesbit hususunda müsamahakâr bir tavır takınılması- gerektiği içtihadında bulunmuştur⁴¹. Fakat *Federal Mahkeme* daha sonraki bir kararında, boşanmayı talep edebilmek için tam ve eksiksiz bir surette temyiz kudretinin mevcut bulunmasını gerekli saymış ve bir kimsenin bu hususda mümeyyiz sayılabilmesi için boşanmanın mânasını müdrik ve aynı zamanda boşanma sebeplerini de takdir edebilir bir durumda bulunması lüzumuna işaret etmiştir⁴².

Hülâsa, *İsviçre tatbikatında hâkim bulunan görüşe* nazaran boşanma dâvasını ancak mümeyyiz olan kimseler açabilirler; temyiz kudretini haiz bulunmayan şahıs adına kanunî mümessilin bu dâvayı açmağa salâhiyeti yoktur.

Bununla beraber, *Bern İstinaf Mahkemesinin* bir kararında aksi görüş müdafaa edilmiştir. Bu karara göre:

“Gayri mümeyyiz mahcurun vasisi onun namına boşanma dâvası açabilir. Gerçi mümeyyiz mahcurların münhasıran şahsa bağlı haklarını kullanmakta kanunî mümessillerinin rızasına muhtaç olmadıkları Medenî Kanunda tasrih edildiği halde, gayri mümeyyizler için bir sarahat yoksa da, kanunun “her şahıs medenî haklardan istifade eder” kaidesi içine gayri mümeyyizler de girdiğinden ve şaha bağlı haklar dahi “medenî hak” mefhumuna dahil bulunduğundan, münhasıran şahsa bağlı olan boşanma dâvası ikamesi hakkından gayri mümeyyizler dahi istifade eder. Ancak bunların bu hakdan istifadesi, dâvanın açılması ile imkân dahiline girer; dâva açılmıyacaksa, yani bu hak gayri mümeyyizlik dolayısıyla hiç bir zaman kullanılmıyacaksa, boşanma dâvası hakkının varlığı ile yokluğu

40) La Semaine Judiciaire 1944, s. 607.

41) Blaetter für zürcherische Rechtsprechung 1949, sa. 55, s. 96

—Jaccard, a.g.e., s. 62 den naklen—

42) Journal des Tribunaux 1953 I, s. 6.

müsavidir. Şu halde münhasıran kişiye bağlı boşanma dâvasını, gayri mümeyyiz namına onun vasisi açabilir”⁴³.

2. *Türk Yargıtayı* da bir kararında boşanma dâvasının münhasıran şahsa bağlı karakterini belirtmekle beraber, bazı hallerde bu dâvanın temyiz kudretini haiz bulunmayan şahsın vasisi tarafından açılacağı kabul etmiştir. Bu kararda aynen şöyle denilmektedir:

“...Gerçi boşanma münhasıran şahsa merbut haklardan ise de diğer tarafın haysiyetsiz hayat ve gayri meşru yaşaması hallerinde akıl hastalığına müptelâ olan karı veya kocanın vasisinin mezkûr sebeplerle boşanma dâvasını kabul, hukuken zarurî bulunmasına...”⁴⁴.

Yargıtay daha yeni bir kararında, boşanma dâvalarında akıl hastalığına müptelâ olan tarafın veli veya vasi tarafından temsil edilemeyeceğine müteallik itirazı vârid görmemiştir. Ancak şunu derhal işaret edelim ki, kararda:

“...Boşanma dâvalarında akıl hastalığına müptelâ olan taraf veli ve vasi tarafından temsil edilemeyeceğine müteallik itiraz vârid değilse de...”⁴⁵

denilmiş olmakla (yani boşanma dâvalarında hem dâvacı, hem de dâvalı bakımından bunların akıl hastası olmaları halinde kanuni tem-

43) Dr. H. Velidedeoğlu, *Türk Medenî Hukuku I*, 2. cüz. Şahsın Hukuku, 6. bası (İstanbul 1960), s. 70 not 19.

44) Yt. 2. HD., ta. 3/3/1947, sa. 5923/1219 (H. Kömürcüoğlu — H. Ergüney, Şahıs, Aile ve Miras Hukuku - Ankara 1951 -, s. 252). İstanbul 1. Asliye Hukuk Mahkemesinin 9/11/1959 tarihli ve 1957 - 812/1959 - 961 sayılı bir kararında aynı sonuç kabul edilmiş görünmektedir. Bu kararda şöyle denilmektedir: “Dâvacının gayri mümeyyiz vaziyette oluşu dâvalının müdafasına hak verir bir netice doğurmakla beraber mahkeme vasi tarafından açılan bu dâvanın kabulü lâzım geldiği, şahsa bağlı hakların dahi bazı ahvalde kanunî mümessiller tarafından kullanılmasının zarurî bulunduğu kanaatindedir.. Bir eşin haysiyetsiz bir hayat yaşaması diğer taraf için olduğu kadar onun ailesi için de tahammül edilmez bir vaziyettir. Dâvaya hakkı olan eşin mümeyyiz olmaması sebebiyle dâva açılmaması ve bu haysiyetsiz hayatın devamı cemiyeti dahi rahatsız eder. Dâvacının oğlunun vasi sıfatı ile dâva hakkını kullanmak isteyişi ve sulh hâkiminin kendisine bu müsaadeyi verşi bir ailenin şerefini korumak ve cemiyetin duyduğu huzursuzluğu gidermek maksatlarına dayandığı için yerindedir. Ve dâvaya bakılmak icap eder.” (Bu karar başka bir yerde yayınlanmamış olup avukat bay Sadi Öztürk tarafından lütfedilmiştir).

45) Yt. 2. HD., ta. 27/2/1950, sa. 1480/1030 (Kömürcüoğlu — Ergüney, a.g.e., s. 252 - 253).

sil kabul edilmiş görünmekle) beraber, hâdisede kanunî mümessil tarafından temsili söz konusu olan şahsın dâvalı olması muhtemeldir⁴⁶. Şu noktayı da ehemmiyetle belirtmek iktiza eder ki, Yargıtay'ın her iki kararında da "akıl hastalığına müptelâ olan" kan veya kocanın (tarafın) boşanma dâvasında kanunî temsilinden bahsedilmiş olmakla beraber buradaki akıl hastalığını umumî mânada değil, fakat temyiz kudretini ortadan kaldıran akıl hastalığı tarzında anlamak gerekir. Zira akıl hastalığı temyiz kudretini ortadan kaldırmış olmadıkça, yani akıl hastası olmasına rağmen temyiz kudretini haiz bulunan bir kimse, münhasıran şahsa bağlı haklarını bizzat kullanmağa salâhiyetli olduğundan, bu şahsın boşanma dâvasında kanunî temsilinden bahse imkân yoktur. Mümeyyiz olması dolayısıyla boşanmayı bizzat talep edebilme ehliyetini haiz bulunan kimse adına kanunî mümessilinin de dâva açabileceği kabul edildiği takdirde, asıl hak sahibinin arzu etmemesine rağmen kanunî mümessilinin boşanmayı talep edebileceğini kabul etmek gerekir ki, bu netice münhasıran şahsa bağlı hakların mahiyetile bağdaşamaz.

II. Görüşümüz

1. *İsviçre tatbikatında*, gayri mümeyyiz adına onun kanunî mümessilinin boşanma dâvası açabilip açamayacağı mevzuunda hâkim bulunan -ve *Zürich Kanton Mahkemesinin* kararında⁴⁷ da belirtildiği üzere- evliliğin sona ermesi hususunda bir taraftan eşlerin iradelerine azamî derecede yer verme, diğer taraftan da vasinin iradesini bertaraf etme gayesini güden görüş kabul edilemez. Gerçi *Federal Mahkemenin* içtihadına⁴⁸ uygun olarak, "evlilik bütün hayat için akdolunan bir birliktir" ve bunun sona erdirilmesini üçüncü şahsın iradesine bağlamak da esas itibarile uygun değildir tarzında bir düşünce ileri sürülebilir. Ancak, kanun koyucunun kabul etmiş olduğu boşanma imkânından gayri mümeyyiz şahısların hiç bir surette istifade ettirilmemeleri, bunların menfaatleriyle bağdaşmadığı gibi hukuk tekniğine de uygun düşmemektedir. Boşanma hakkını haiz bulunan eşin çeşitli sebepler dolayısıyla boşanma dâvası açmaktan vaz geçebileceği, bu itibarla kanunî mümessilin temsil ettiği gayri mümeyyiz adına boşanma dâvası açması halinde

46) Bu sonuncu halde gayri mümeyyizin kanunî mümessili tarafından temsil edileceği hususunda tereddüt mevcut değildir. Bak: Lador, a.g.e., s. 87; Jaccard, a.g.e., s. 59 ve müt.; Dr. A. Ataay, *Medenî Hukuk Pratik Çalışmaları*, I Umumî Esaslar Şahsın Hukuku ve Aile Hukuku (İstanbul 1959, tek-sir), s. 20.

47) Bak: Yukarıda I 1.

48) Bak: Yukarıda I 1.

belki de asıl hak sahibinin arzu ve idaresine aykırı durumlar yaratılacağı ve aslında kanunî mümessilin boşanma dâvası açmak hususundaki kararı -kesin ve titiz bir tahmine dayansa da- bu hususda asıl hak sahibinin alacağı kararın yerini tutmayacağı aşikâr bulunduğu mucip sebebiyle kanunî mümessile temsil ettiği gayri mümeyyiz adına boşanma dâvası açma salâhiyetinin tanınmaması doğru değildir. Aksini kabul bir takım faraziyeler uğruna gayri mümeyyiz şahısların açık menfaatlerinin feda olunması neticesini doğurur. Zaten vicdana -veya daha yerinde bir ifade ile hissiyata- taallûk eden hususlarda kanunî temsilin reddedilmesinin sebebi, imkân nisbetinde hak sahibinin arzu ve iradesine riayeti temin gayesidir. Yani bu haklarda kanunî temsilin reddedilmesi netice itibarile hak sahibinin menfaatlerine dayanır. Münhasıran şahsa bağlı haklardaki temsil düşmanlığı ancak bu surette izah olunabilir. Vicdana ve hissiyata taallûk eden meselelerde gayri mümeyyiz olan hak sahibinin menfaati hakkın kullanılmamasında değil, fakat kullanılmasında olduğu takdirde, artık kanunî temsile cevaz vermek gerekir; zira bu durumda temsilin kabul edilmemesinin bir mânası kalmaz. Nitekim *Zürich Kantonu Yargıtayı*, kanunî mümessilin temsil ettiği gayri mümeyyiz adına boşanmayı talep edememesinin arzettiği mahzurlu durumu kısmen olsun bertaraf etmek gayesile, temyiz kudretinin yokluğunu tesbitte müşkülpesent davranılması -diğer bir ifade ile temyiz kudretinin mevcudiyetini tesbit hususunda müsamahakâr bir tavır takınılması- gerektiği içtihadında bulunmuş⁴⁹ ise de, temyiz kudretinin tesbiti hususunda bu şekilde tamamen keyfi bir kritere dayanılması doğru değildir. Bir kimse muayyen bir husus hakkında ya mümeyyizdir, ya değildir; bu, ruhî bir hale taallûk eder. Bir şahsın muayyen bir hâdisede mümeyyiz sayılıp sayılmaması, temyiz kudretinin yokluğunun veya varlığının tesbiti hususunda tatbik edilecek keyfi kriterlere asla bağlı değildir. Bu itibarla *Federal Mahkemenin*, boşanmayı talep edebilmek için tam ve eksiksiz bir surette temyiz kudretinin mevcut bulunmasını gerekli saymış olması⁵⁰ isabetlidir. *Bern İstinaf Mahkemesi* ise, gayri mümeyyiz kimselerin münhasıran şahsa bağlı haklardan istifadelerinin, söz konusu hakların kanunî mümessilleri tarafından kullanılabilmelerinin kabul edilmesile mümkün bulunduğu esasına dayanarak, boşanma dâvasında gayri mümeyyizlerin kanunî temsilini kabul etmekte ve bu hakkın münhasıran şahsa bağlı mahiyetini buna engel saymamaktadır⁵¹. Gerçekten, münhasıran şahsa bağlı hakların mahiyetleri mutlak olarak kanunî temsile engel de-

49) Bak: Yukarıda I 1.

50) Bak: Yukarıda I 1.

51) Bak: Yukarıda I 1.

ğildir⁵². Bu itibarla da *Cenevre Kantonu Hukuk Mahkemesinin* yukarıda naklettiğimiz⁵³ karar isabetsizdir. Ancak şunu derhal işaret edelim ki, *Bern İstinaf Mahkemesinin* dayandığı esastan, gayri mümeyyiz kimselerin münhasıran şahsa bağlı haklarının tamamının kanunî mümessilleri tarafından kullanılabilceği sonucu çıkmaktadır. Kanunî mümessilin, temsil ettiği gayri mümeyyiz adına kullanamayacağı bazı münhasıran şahsa bağlı hakların mevcut bulunduğunu yukarıda belirtmiştik⁵⁴. Diğer taraftan, *Bern İstinaf Mahkemesinin* kararından, kanunî mümessilin temsil ettiği gayri mümeyyiz adına, hangi sebeblere dayanarak boşanma dâvası açabileceği hususu da anlaşılammamaktadır. Halbuki daha önce de belirtmiş olduğumuz üzere, kanunî mümessil Medeni Kanunun 133 ve 134. maddelerindeki boşanma sebeplerine dayanarak temsil ettiği gayri mümeyyiz adına boşanma dâvası açamaz⁵⁵. Çünkü bu takdirde, hak mevcut değildir ki, bunun temsil yoluyla kullanılabilmesi mümkün sayılsın.

2. *Yargıtay*, boşanma dâvasında gayri mümeyyiz olan dâvacının kanunî temsilini kabul etmektedir. Ancak yukarıda verdiğimiz kararlardan⁵⁶ *Yargıtay*'ın ne gibi gerekçelere dayanarak bu neticeye ulaştığını anlamak mümkün bulunmadığı gibi; kanunî mümessilin temsil ettiği gayri mümeyyiz adına hangi boşanma sebeplerine dayanarak boşanma dâvası açabileceği hususu da etraflı bir şekilde anlaşılammamaktadır. Bununla beraber bu kararlardan birincisinde açıkça belirtildiği üzere yüksek mahkeme, eşin "haysiyetsiz bir hayat sürme" si ve "gayri meşru yaşama" sı hallerinde gayri mümeyyiz olan diğer eşin vasisinin, onun adına boşanma dâvası açabileceğini haklı olarak⁵⁷ kabul etmiş bulunmaktadır.

Aytekin M. ATAAY

B İ B L İ Y O Ğ R A F Y A

ATAAY Dr. A., Yaş Tashihi - Münhasıran Şahsa Bağlı Haklar (Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi 1957, sa. 1, s. 29-35).

Medeni Hukuk Pratik Çalışmaları, I Umumi Esaslar, Şahsın Hukuku ve Aile Hukuku (İstanbul 1959, teksir).

52) Bak: Yukarıda A II 2.

53) Bak: Yukarıda I 1.

54) Bak: Yukarıda A II 1.

55) Bak: Yukarıda A II 3.

56) Bak: Yukarıda I 2.

57) Bak: Yukarıda A II 3.

- BELGESAY M. R., Türk Kanunu Medenisi Şerhi, II Aile Hukuku, 1. cilt, 3. bası (İstanbul 1950).
- COSMAN Dr. R., La Capacité civile en droit suisse (Genève 1941, thèse).
- EGGER Dr. A. (t. terc. Dr. T. ÇAĞA), İsviçre Medenî Kanunu Şerhi, II Aile Hukuku, 1. Kısım (İstanbul 1943).
- GALLİKER Dr. F., Die Ausübung der höchstpersönlichen Rechte durch den urteilsfaehigen und der urteilsunfaehigen Bevormundeten (Basel 1950, dissertation) — JACCARD'ın aşağıda a.g. eserinden naklen—
- GMÜR Dr. M., Kommentar zum ZGB., II. Familienrecht 1. kısım, 2. bası (Bern 1923).
- JACCARD Dr. M., La Représentation des incapables privés de discernement dans l'exercice de leurs droits strictement personnels (Lausanne 1955, thèse).
- KAUFMANN Dr. J., Kommentar zum ZGB., II Familienrecht 3. kısım, 2. bası (Bern 1924).
- KÖMÜRÇÜOĞLU H.-ERGÜNEY H., Şahıs, Aile ve Miras Hukuku (Ankara 1951)
- LADOR Dr. J., Des Droits strictement personnels (Lausanne 1933, thèse).
- PLANIOL M. - RİPERT G., Traité pratique de droit civil français, II La Famille. 2. bası (par A. ROUAST, Paris 1952).
- POSTACIOĞLU Dr. İ., Medenî Usul Hukuku Dersleri (İstanbul 1959).
- ROSSEL V.-MENTHA F. H., Manuel du droit civil suisse I, 2. bası (Lausanne-Genève 1922).
- SAYMEN Dr. F. H., Manevî Zarar ve Tazmini Sureti (İstanbul 1940, tez).
İçtihat tahlili (İstanbul Barosu Dergisi 1952, s. 89-93).
- SAYMEN Dr. F. H. - ELBİR Dr. H. K., Türk Medenî Hukuku, III Aile Hukuku (İstanbul 1957).
- SCHWARZ Dr. A. B. (t. terc. Dr. B. DAVRAN), Borçlar Hukuku Dersleri, I (İstanbul 1948).
- USLU F., Vesayet (İzmir 1941).
- VELİDEDEOĞLU Dr. H. V., Türk Medenî Hukuku I, 2. cüz Şahsın Hukuku, 6. bası (İstanbul 1960).
Türk Medenî Hukuku II, Aile Hukuku cüz 1, 4. bası (İstanbul 1960).
- WUARIN Dr. A., Divorce (Fiches Juridiques Suisses no. 508).
Blaetter für zürcherische Rechtsprechung.

Fiches Juridiques Suisses.

İstanbul Barosu Dergisi.

Journal des Tribunaux.

Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi.

La Semaine Judiciaire.

Alman Hukuk Usulü Kanunu.

Fransız Medenî Kanunu.

İsviçre Medenî Kanunu.

Türk Medenî Kanunu.

A. M. ATAAY